

## **СПОРНЫЕ ВОПРОСЫ ОТВОДА АДВОКАТА С ПОЗИЦИИ СЛЕДОВАТЕЛЕЙ (ПО РЕЗУЛЬТАТАМ ОПРОСА)**

Отвод адвоката<sup>1</sup> — ситуация нечастая в практике органов, осуществляющих предварительное расследование. Его процедура уголовно-процессуальным законодательством регламентирована крайне не подробно. Практика свидетельствует о нарушениях закона (вольных или невольных) при применении отвода в отношении адвокатов на предварительном следствии<sup>2</sup>. Все это заставило нас обратиться к следователям с вопросами, касающимися сущности, процедуры применения и перспектив развития данного процессуального института.

Нами были проанкетированы 35 человек, имеющих различный стаж работы в следственных органах (около одной трети (12 человек) имеют стаж работы свыше 7 лет и чуть меньше одной трети (11 человек) — менее одного года). Конечно, данный опрос нельзя признать репрезентативным настолько, чтобы делать окончательные выводы. Но некоторые существующие на практике тенденции он выявить способен, может указать на проблемы правопонимания у практиков, поэтому анализ его результатов нам кажется вполне уместным.

Прежде всего, отметим, что только один из опрошенных указал, что в своей практике прибегал к отводу адвоката. Соответственно, мы имеем дело скорее с представлениями следователей об институте отвода адвоката, нежели с результатом личного накопленного опыта в этом вопросе.

Осветим основные и наиболее интересные результаты данного опроса.

В свете определения назначения данного института был задан вопрос о том, чьи интересы в первую очередь призван обеспечивать отвод адвоката.

Выяснилось, что по этому поводу мнение практиков существенно расходится. 16 человек (45,7 %) высказалось за то, что он обеспечивает интересы доверителя адвоката. Столько же признало, что он установлен в целях защиты публичных государственных инте-

---

\* © Таран А.С., 2012

Таран Антонина Сергеевна — кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного процесса и криминалистики Самарского государственного университета

ресов. Только 1 человек назвал первоочередной задачей этого института защиту интересов адвоката. Двое затруднились ответить на поставленный вопрос. Таким образом, можно констатировать диаметрально противоположные представления практиков по этому поводу. Одни при оценке назначения института отвода адвоката на первое место ставят публичный интерес, другие — частный. Известно, что данные интересы не только не совпадают, но зачастую противоречат друг другу. Таким образом очевидно разночтение в понимании идеи, положенной в основу этого института, его истоков, неизбежно влияющее на оценку всех последующих его характеристик (условий, оснований, процедуры и т. д.).

Поскольку процедура отвода адвоката законом практически не регламентирована<sup>3</sup>, было интересно узнать мнение правоприменителей по ключевым моментам, определяющим его процессуальный порядок.

Нас интересовал вопрос о том, на какой орган было бы целесообразно возложить обязанность по установлению обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле. В результате мы увидели, что подавляющее большинство следователей не видят ничего плохого в том, что наделены данными полномочиями (71,4 %). Вместе с тем, вразрез действующему законодательству, за наличие этих полномочий у дознавателя высказались только 28,6 % опрошенных. Далеко не все видят суд в качестве органа, устанавливающего наличие данных обстоятельств (37,1 %). Как оказалось, следователем не чужда идея подключения адвокатской корпорации в лице ее исполнительных органов к принятию решения по этому вопросу (25,7 %). Нельзя не отметить наличие отдельных высказываний о необходимости возложить обязанность по установлению обстоятельств, исключающих участие в деле, на самого адвоката (2 голоса) и его подзащитного (1 голос). Получается, что субъект, не заинтересованный в своем отводе, будет сам устанавливать обстоятельства, его обуславливающие. Возможно, предполагается возложение обязанности доказывания правомочности участия в деле на субъектов, заинтересованных в этом участии. На наш взгляд, последнее абсолютно неприемлемо, ибо противоречит как общеправовой презумпции добропорядочности граждан, так и уголовно-процессуальной норме, возлагающей бремя доказывания на обвинителя.

Что касается прав и обязанностей, возникающих у участников процесса в связи с наличием обстоятельств, исключающих участие в деле, подавляющее большинство (все, за исключением одного человека) посчитало обязанностью адвоката заявление самоот-

вода. В принципе действующий закон ч. 1 ст. 62 УПК РФ прямо на это и указывает.

А вот по поводу обязанностей следователя, возникающих у него при установлении данных обстоятельств, мнения разделилось. Мы поставили вопрос о том, обязан ли он уведомить о данном факте самого адвоката и его доверителя. Были получены следующие результаты: 68,6 % считают, что существует обязанность уведомить в данном случае адвоката, и половина из тех, кто так не думает, полагает, что такая обязанность должна быть установлена. Что касается уведомления о данном факте доверителя адвоката, то о наличии этой обязанности высказалось уже меньшее количество опрошенных (54,3 %), и еще 2 человека (5,7 %) – за то, что она должна быть закреплена.

Таким образом, видно, что большинство следователей считает, что принятию решения об отводе должна предшествовать процедура оповещения следователем лиц, которых это решение непосредственно затрагивает.

С какой целью предполагается это делать?

Для того чтобы ответить на этот вопрос, мы спросили правоприменителей о том, к каким последствиям приведет заявление доверителем адвоката своего желания или, наоборот, нежелания пользоваться помощью данного адвоката при оповещении о наличии оснований для отвода последнего.

63,6 % опрошенных указали, что при заявлении доверителем адвоката после данного уведомления своего нежелания пользоваться его помощью они оформят заявление об этом и удовлетворят данное ходатайство.

И наоборот, если доверитель адвоката выразит желание пользоваться помощью именно данного адвоката, вопреки установленным обстоятельствам, то только 4,5 % опрошенных указали, что откажутся от идеи отвести адвоката в указанном случае.

Соответственно, можно сделать вывод: уведомление следователем доверителя адвоката о наличии обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле, преследует в первую очередь цель получения отказа от услуг адвоката. Поскольку процедура такого уведомления, его форма законом не регламентированы, эта деятельность, лежащая за рамками процессуальной регламентации, весьма чревата различными злоупотреблениями со стороны следователя.

В связи с тем, что уголовно-процессуальный закон не упоминает прямо правомочие следователя по своей инициативе, т. е. без заявления отвода кем-либо из участников процесса, отвести адвоката от участия в деле, мы задали практикам вопрос о наличии у

них этого правомочия. Как оказалось, единодушие по этому вопросу нет. 74,3 % признали свое право отвести адвоката при отсутствии заявления ему отвода кем-либо. Соответственно, остальные 25,7 % посчитали, что такого правомочия не имеют. Значит, последние вполне допускают проведение следствия, зная, что законность его результатов может быть оспорена по причине нарушения права на защиту, вызванного оказанием обвиняемому юридической помощи ненадлежащим субъектом.

Интересным показалось опросить следователей на предмет того, на чем должен быть основан их вывод о наличии обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле. 37,1 % указали, что он может быть сделан только на основе доказательств. 60 % посчитали, что он может базироваться также и на сведениях, не получивших отражения в материалах дела. Таким образом, большинством опрошенных допускается отстранение адвоката от участия в деле на основании данных, не соответствующих требованиям, предъявляемым к доказательствам, достоверность которых, в связи с изложенным, может быть весьма сомнительна, что делает проверку законности и обоснованности вынесенного на их основе решения затруднительным.

По логике возник вопрос о праве адвоката обжаловать постановление следователя о своем отводе. Нас заинтересовали взгляды следователей о применимости судебного контроля к данному решению, поскольку на практике такие жалобы в порядке ст. 125 УПК РФ не всегда принимаются<sup>4</sup>. К чести опрошенных, отметим, что только 1 человек посчитал, что адвокат не вправе это обжалование осуществить.

При дальнейшем изучении правомочия субъектов уголовного процесса в связи с правоотношениями, возникающими по поводу отвода адвоката, нам было интересно исследовать отношение практиков к праву заявления ему отвода участниками процесса, предусмотренному ч. 2 ст. 62 УПК РФ. В свете этого нами был поставлен перед следователями вопрос о том, кто не вправе заявить отвод адвокату. В ответах больше всего голосов получил понятой (40 %), за ним — переводчик (37,1 %), далее — свидетель (25,7 %), защитник другого обвиняемого и подзащитный самого адвоката (каждый — по 5,7 %). Заметим, что вопрос о подзащитном был в данном случае в некоторой степени провокационным, т. к. лицо, пользующееся помощью защитника, обладает правом на отказ от его услуг, который возможен по различным основаниям, в том числе и тем, которые установлены в ст. 72 УПК РФ. Поэтому доверитель адвоката должен заявлять ему не отвод, как остальные

участники процесса, а отказ от его услуг. Очевидно, что развести эти процессуальные институты следователи не смогли. Интересно то, что 34,3 % опрошенных указали, что все участники процесса имеют право заявить отвод защитнику, что противоречит ч. 2 ст. 62 УПК РФ. Таким образом, ответы практиков на вопрос о субъектах, правомочных заявлять отвод адвокату, показали как неоднозначное, так и очевидно ошибочное понимание этого вопроса. Признаем, что во многом это обусловлено недостаточностью правовой регламентации вопроса. Норма об отводе адвоката отсылает нас к положению об отводе переводчика, где прямо сказано, что отвод может быть заявлен сторонами, а при обнаружившейся некомпетентности — свидетелем, специалистом и экспертом. Поскольку некомпетентность не фигурирует в числе оснований отвода адвоката, можно сделать вывод, что эти лица заявить адвокату отвод не вправе.

Помимо исследования отдельных аспектов процедуры отвода адвоката, нам было важно выяснить как трактовку практиками предусмотренных законом оснований отвода, так и их взгляды на перспективы их развития.

В связи с этим были заданы вопросы, касающиеся сущности предусмотренных законом оснований отвода (пп. 1–3 ч. 1 ст. 72 УПК РФ).

Рассмотрим прежде всего такое основание, как родственные связи адвоката, исключающие его участие в деле (п. 2 ч. 1 ст. 72 УПК РФ). Перед практиками мы поставили ряд вопросов, неоднозначно трактуемых в науке. Как выяснилось, по многим из них не определились и правоприменители.

В первую очередь одна из поднимаемых проблем — это участие в одном процессе адвокатов-родственников, высказаны предложения о необходимости закрепления запрета на такое участие<sup>5</sup>. 57 % практиков считают, что участие в одном процессе адвокатов-родственников, представляющих интересы противоположных сторон, уже является по действующему законодательству основанием для отвода. Из тех, кто так не считает, почти половина выступила за закрепление этого запрета в законе. Таким образом, очевидно, что, с точки зрения практиков, такое участие адвокатов в деле неприемлемо.

Что касается представления двумя адвокатами-родственниками нескольких обвиняемых в одном процессе, то, вопреки поднимаемой в уголовно-процессуальной науке критике такой практики, лишь небольшая часть (17 %) посчитала, что это недопустимо ни в коем случае. В основном опрошенные указали, что это



недопустимо в том случае, если между их доверителями имеются противоречия (т. е. по общим основаниям отвода). 20 % опрошенных вообще не увидели необходимости отвода адвокатов в любом случае.

Действующий УПК РФ впервые в качестве основания для отвода по признаку родства установил родство с «иными лицами, интересы которых противоречат интересам доверителя адвоката». Возник вопрос о том, кто подпадает под эту категорию лиц? На данный вопрос 42 % практиков посчитали, что закон имеет в виду любое лицо, в том числе не являющееся участником процесса, при наличии фактических противоречий интересов с его доверителем по обстоятельствам дела (т. е. выбрали самую широкую трактовку этого термина). На втором месте (31,4 %) — представление о данном субъекте как об участнике процесса, фактически имеющем противоречие интересов с доверителем адвоката по обстоятельствам дела. Соответственно, самая узкая трактовка этого термина — как участника процесса, выполняющего противоположную с адвокатом функцию, — получила 22,9 % голосов. Следовательно, очевидно стремление практиков не ограничиться формальными признаками категории «противоречие интересов», а вникнуть в суть самих интересов и возникших по их поводу отношений, не ограничиваясь рамками уголовного судопроизводства. При всех позитивных моментах эта тенденция имеет и иную сторону: она чревата размытостью критериев оснований отвода адвоката и, соответственно, возможностями для злоупотреблений.

Немаловажный и актуальный ныне вопрос о допустимости родственных связей адвоката с субъектами, не являющимися непосредственными участниками процесса, но чьи должностные полномочия допускают некоторое административное влияние на ход процесса и его результаты<sup>6</sup>, получил оценку следующим образом: справедливость запрета на участие адвоката — родственника судьи на осуществление адвокатской деятельности в пределах юрисдикции соответствующего суда признали 77,1 % опрошенных, а на аналогичный вопрос относительно родства адвоката с прокурором — 74,3 %.

Мы поставили перед практиками задачу оценить перспективы развития перечня обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле в связи с родственными отношениями, поэтому предложили им высказаться по поводу некоторых из возможных вариантов.

Максимальное количество голосов (чуть более половины опрошенных) получили две позиции: о недопустимости участия адвоката в деле в случае предыдущего участия адвоката в деле в каче-

стве потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика, подозреваемого (обвиняемого) (54,3 %) и при родстве адвоката с руководителем следственного органа и начальником подразделения дознания, проводящими расследование (54,3 %). Все остальные положения, предусматривающие недопустимость участия адвоката в деле при родстве с так называемыми иными участниками процесса: свидетелем, понятым, экспертом, переводчиком и специалистом — получили примерно равную поддержку около 1/3 опрошенных (от 31,4 до 37,1 %). Против расширения данной группы оснований высказалось всего лишь 11,4 % человек, что показывает, что для многих практиков законодательство в этой части не отличается полнотой.

Исследование некоторых процедурных моментов отвода адвоката по признаку родства показало, что у практиков совершенно нет единообразия в понимании того, кто должен быть отведен при установлении родственных связей адвоката с субъектом, осуществляющим судопроизводство. Позиция, согласно которой отводу подлежат оба субъекта, получила поддержку лишь у 17,1 % опрошенных. Большее количество голосов отдано такому варианту, как отвод одного только адвоката, видимо, он следователям кажется и проще, и предпочтительнее.

Что касается такого основания отвода адвоката, как конфликт интересов доверителей, то опрошенные практически единодушно (94,3 %) в том, что данный запрет не должен быть ограничен временными рамками.

Был задан вопрос о том, не стоит ли вообще отказаться от практики осуществления одним адвокатом защиты сразу нескольких подзащитных по одному и тому же делу. Опрос выявил, что примерно половина видит наличие в такой защите потенциальной проблемы, т. к. 51,4 % высказались за установление данного запрета.

Весьма спорный, на наш взгляд, вопрос, по-разному решаемый на практике, — вопрос о характере противоречий, являющихся по смыслу п. 3 ч. 1 ст. 72 УПК РФ основанием отвода адвоката<sup>7</sup>. Действительно, идет ли речь в законе о уже существующем конфликте или достаточно высокая степень вероятности его возникновения? Опрошенные решили его следующим образом: около 2/3 выбрали первое, около 1/3 — второе.

Что касается процедуры отвода адвоката при установлении конфликта интересов доверителей, то большинство следователей считает, что адвокат должен быть отведен в отношении одного из доверителей (71,4%). Здесь выявилось несоответствие взглядов

следователей как с рекомендациями, данными в науке<sup>8</sup>, так и с рекомендациями органов адвокатского сообщества<sup>9</sup>, согласно которым адвокат должен полностью сложить свои полномочия в отношении каждого из доверителей.

В отношении введения элемента диспозитивности, т. е. учета воли доверителя адвоката при отводе по различным основаниям, практически половина (48,6%) высказалась против. 28% считают, что воля доверителя может быть определяющий при установлении родственных связей адвоката с участником процесса, 17,1 % — при противоречии интересов доверителей и несколько меньше — 14,3 % — при предыдущем участии адвоката в деле в ином процессуальном статусе. В принципе можно сказать, что идея диспозитивности отвода адвоката нашим правоприменителям не совсем чужда.

Для того чтобы получить представление о точности оценки практиками действующих оснований отвода адвоката, мы предложили им на выбор различные ситуации и попросили охарактеризовать с точки зрения того, подлежит ли защитник отводу или нет. Результаты показали, что мнения практиков оказались зачастую противоречащими закону и сложившейся судебной практике. С одной стороны, многие признали необходимость отвода адвоката там, где закон этого не требует. Так, почти половина (48,6%) высказалась за отвод адвоката в случае, когда защитник ранее по другому делу выступал государственным обвинителем, где подсудимым был его нынешний подзащитный. Вместе с тем закон это основание не содержит, и практика идет по другому пути<sup>10</sup>.

Аналогичным образом 31,4 % посчитали обязательным отвод адвоката в том случае, когда он защищает интересы нескольких несовершеннолетних обвиняемых, даже при отсутствии противоречий в их интересах.

С другой стороны, всего лишь 20 % опрошенных признало отвод необходимым там, где он четко требовался по предписаниям действующего кодекса профессиональной этики адвоката (п. 3 ч. 1 ст. 13), а именно в случае, когда один из подзащитных адвоката является несовершеннолетним.

Интересно разрешен опрошенными практиками вопрос о ситуациях, связанных с оказанием адвокатом помощи свидетелю в порядке ч. 5 ст. 189 УПК РФ. До сих пор как в теории, так и в правоприменительной практике остается открытым вопрос о том, подпадает ли оказание юридической помощи свидетелю под признаки отвода, предусмотренного п. 3 ч. 1 ст. 72 УПК РФ, и какими признаками оно должно обладать для этого<sup>11</sup>. В связи с этим следователям был задан вопрос о том, может ли адвокат по



одному и тому же делу осуществлять защиту и оказывать помощь свидетелю. Отрицательно на этот вопрос ответили 51,4 % опрошенных. Поставили решение этого вопроса в зависимость от того, идет ли речь о свидетеле со стороны обвинения или защиты, 37,1 %. На вопрос о том, может ли адвокат оказывать помощь нескольким свидетелям по одному делу при наличии существенных противоречий в их показаниях, 65,7 % ответили отрицательно; 25,7 % высказались за формальное решение этого вопроса, т. е. необходимости учета только того, к одной ли стороне (обвинения или защиты) они относятся.

В заключение опрашиваемым был задан вопрос: следует ли закрепить в УПК РФ положение о том, что основанием отвода защитника (адвоката-представителя потерпевшего) могут быть «любые обстоятельства, свидетельствующие о прямой или косвенной заинтересованности адвоката в неблагоприятном для доверителя исходе дела».

Большинство — около 2/3 опрошенных (68,6 %) — высказалось за установление этого открытого перечня оснований отвода адвоката. Среди аргументов этой позиции прозвучали следующие: «это необходимо для защиты интересов доверителя адвоката», «на практике перечень оснований для отвода слишком узкий», «иначе не будет реализовываться право на защиту», «это будет способствовать установлению истины по делу и защитит права участников со стороны обвинения», «адвокат должен действовать только в интересах доверителя». Таким образом, видно, что представления о необходимости расширения перечня оснований отвода адвоката обосновываются либо частными интересами его доверителя, либо публичными интересами.

Те, кто проголосовал против этого нормативного предписания, в качестве аргументов сослались на то, что «не ясно, что есть “любое обстоятельство”», «формулировка “косвенная заинтересованность” может привести к злоупотреблениям со стороны субъекта, принимающего решение об отводе», «данная оценка дается следователем, следовательно, необъективна». Таким образом, основной аргумент противников этой новеллы — размытая формулировка основания отвода адвоката, дающая простор для субъективизма и, следовательно, для произвола следователя.

Значит, отвод адвоката, его основания и процедура, как и перспективы развития, вызывают неоднозначную трактовку следователями, которая далеко не всегда строго соответствует букве уголовно-процессуального закона и отвечает научным разработкам в этой области.

## Примечания

<sup>1</sup> Говоря об отводе адвоката, мы подразумеваем отвод защитника и адвоката — представителя потерпевшего, предусмотренный ст. 72 УПК РФ.

<sup>2</sup> Получил общественный резонанс незаконный отвод защитника Виктора Бакуревича по делу мэра г. Томска А. Макарова. Аналогичным образом пытались устранить из дела об убийстве журналиста Д. Холодова адвоката Ларису Мове, защищавшую подсудимого К. Барковских.

<sup>3</sup> Часть 2 ст. 72 УПК РФ отсылает по этому поводу к ч. 1 ст. 69 УПК РФ, предусматривающей порядок отвода переводчика. Часть 1 ст. 69 УПК РФ ограничивается определением круга субъектов, уполномоченных принимать решение об отводе.

<sup>4</sup> Постановление Верховного Суда РФ от 18 апреля 2001 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2002. №1; Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Архангельского обл. суда от 29 августа 2006 г. Дело № 22-к-2602.

<sup>5</sup> Рудацкая Е. Запретить адвокату защищать двух обвиняемых по одному делу // Российская юстиция. 2002. № 9. С. 38.

<sup>6</sup> См.: Костанов А. Об адвокатской независимости // Мораль и догма юриста: профессиональная юридическая этика: сб. науч. ст. М.: ЭКСМО, 2008. С. 261.

<sup>7</sup> См.: Дисциплинарное производство в отношении адвоката О. // Профессиональная этика адвокатов: сб. матер. / сост. Н.М. Кипнис. М.: Вариант, 2008. С. 352—353.

<sup>8</sup> Катышева А., Винокурова Л. Отвод защитника // Советская юстиция. 1984. № 10. С. 22; Баев М.О., Баев О.Я. Тактика уголовного преследования и профессиональной защиты от него. Прокурорская тактика. Адвокатская тактика: научно-практическое пособие. М.: Экзамен, 2005. С. 233—234; Алиев Т.Т., Громов Н.А., Макаров Л.В. Уголовно-процессуальное доказывание. М.: Книга сервис, 2002. С. 41.

<sup>9</sup> Согласно разъяснению Совета Адвокатской палаты г. Москвы «О поведении при выявившихся противоречиях в интересах подзащитных»: «В случаях, когда адвокат защищает двух подозреваемых или обвиняемых, и в ходе предварительного расследования или судебного разбирательства интересы одного из них вступают в противоречие с интересами другого, адвокату, который не вправе, согласно ч. 6 ст. 49 УПК РФ, далее продолжать защищать обоих, следует выйти из дела. Предпочтение одного подзащитного другому будет профессионально неэтичным».

<sup>10</sup> См.: Обзор практики Верховного Суда Российской Федерации по рассмотрению уголовных дел в кассационном и надзорном порядке в 1992 году // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1993. № 6. С. 15.

<sup>11</sup> См.: Таран А. Свидетель и конфликт интересов доверителей как обстоятельство, исключающее участие защитника (представителя потерпевшего) в уголовном судопроизводстве // Современные тенденции развития государства и права России: сборник материалов Всероссийской научно-практической конференции: 30—31 марта 2010. Т. 1. Тамбов: Изд-во Першина Р.В., 2010. С. 449—455.